

RF- 00001675

Popayán, 6 de octubre de 2014



Rad No 2014-233-005672-2  
Fecha 17/10/2014 15:04:20 Us Rad. LACANON  
Asunto : RF 00001675 CONSULTA  
Destino : / Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE P  
www.orfeogpl.org - Sistema de Gestión

Doctor

CESAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA

Director Oficina Jurídica

Auditoría General de la República

Av. La Esperanza entre carreras 60 y 64, Ed. Gran Estación II, piso 10 costado occidental

Bogotá, D.C.

ASUNTO: Consulta

Con el debido respeto y a fin de dilucidar algunos temas de interés dentro de nuestro diario que hacer en el campo del control fiscal, me permito elevar la siguiente consulta, para efectos de tener unidad de criterios en las decisiones que se deban adoptar en nuestra entidad:

1). El Artículo 39 de la Ley 610 de 2000, señala que si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Por su parte el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, señala que la preclusividad para la práctica de pruebas en la indagación preliminar, es de seis (6) meses de que trata el Artículo 39 de la Ley 610 de 2000.

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que no hay uniformidad de criterios entre algunas contralorías e incluso con funcionarios de la misma Auditoría General, me permito solicitar su concepto sobre: a) cuál es el término máximo para adelantar la indagación preliminar, b) una vez vencidos los seis (6) meses, cuánto es el término para el archivo o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, c) si es cierto o no que el termino de seis (6) meses se cuenta a partir de que se le comunica el auto de apertura de indagación preliminar al último presunto responsable, d) si el incumplimiento de los seis (6) meses para el archivo o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal puede dar lugar a un proceso disciplinario para el funcionario que incumpla dicho termino.

17 OCT 2014

2). El Artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en uno de sus apartes señala que los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la

8/

Recibido  
14/10/14  
21-10-14

2014  
10/10/14

decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

De acuerdo a la norma, me gustaría saber su posición respecto al momento en que se debe actualizar el valor del daño, es decir: a) si es solo al momento del fallo, o se puede hacer en cualquier momento, por ejemplo, es necesario actualizar el valor cuando el presunto responsable dentro del trámite del proceso acepta y consigna el valor del daño, b) si su concepto es que se debe actualizar en cualquier momento, me gustaría saber entonces si sería viable actualizar el daño desde el auto de apertura, desde el auto de imputación en los procesos ordinarios, o desde el auto de apertura e imputación en el proceso verbal.

Si se abre un proceso de responsabilidad fiscal, pero dentro del trámite del proceso de allega prueba que demuestra el resarcimiento del daño antes de la apertura del proceso, se debe seguir el proceso por la diferencia o valor no indexado?

3). El artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, señala:

*"Artículo 109. Oportunidad y requisitos de la solicitud de nulidad. La solicitud de nulidad podrá formularse hasta antes de proferirse la decisión final, la cual se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación.*

*Contra el auto que decida sobre la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación, que se surtirá ante el superior del funcionario que profirió la decisión."*

En los procesos de responsabilidad fiscal de única instancia, si se niega una nulidad y contra el auto que decida ese incidente se interponen los recursos de reposición y apelación, qué recursos se conceden?, teniendo en cuenta que el proceso es de única instancia, pero la norma dice que solo procede el recurso de apelación?

4).Cuál es el trámite para la notificación de las llamadas providencias mixtas, por ejemplo, si se dicta un auto de imputación de responsabilidad fiscal, pero en el mismo auto se desvincula a una o varias personas, qué se surte primero?, la consulta?, la notificación a los presuntos responsables y se espera que presenten descargos? O se hace de forma paralela?

Agradezco su valiosa colaboración.

Atentamente,

CARLOS ALBERTO TOBAR MENESES

Jefe Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

8/



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20141100051321

Fecha: 01-12-2014

Bogotá, D.C.; YSP 65509101 CO  
110

Señor

**CARLOS ALBERTO TOBAR MENESES**

Jefe Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

Contraloría Municipal de Popayán

Cra. 6 No. 4 - 21 Edificio CAM 2do. Patio

Popayán, Cauca

Ref.: Consulta

Respetado señor:

A través de la presente esta dependencia procede a dar respuesta a la consulta de la referencia, relacionada, entre otros aspectos, con los términos para adelantar indagaciones preliminares, actualización del valor del daño e indexación, nulidades y notificación de las llamadas providencias mixtas, y otras situaciones al interior de los mismos, elevada y precisada por usted, en los siguientes términos:

#### 1.- SINTESIS DE LA CONSULTA

Señala en su consulta que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, instituye que la preclusividad para la práctica de pruebas en la indagación preliminar es de seis meses de que trata el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, por lo que solicita nuestro concepto sobre:

*"... a) Cuál es el término máximo para adelantar la indagación preliminar, b) una vez vencidos los seis (6) meses, cuánto es el término para el archivo o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, c) si es cierto o no que el término de seis (6) meses se cuenta a partir de que se le comunica el auto de apertura de indagación preliminar al último presunto responsable, d) si el incumplimiento de los seis (6) meses para el archivo o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal puede dar lugar a un proceso disciplinario para el funcionario que incumpla dicho término".*

JUR

01 DIC. 2014

En relación con el segundo segmento de su consulta, sostiene que el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en uno de sus apartes señala que los fallos con responsabilidad fiscal deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes. Acorde con lo anterior, solicita concepto sobre el momento de la actualización del daño, así:

“...a) si es solo al momento del fallo, o se puede hacer en cualquier momento, por ejemplo, es necesario actualizar el valor cuando el presunto responsable dentro del trámite del proceso acepta y consigna el valor del daño, b) si su concepto es que se debe actualizar en cualquier momento, me gustaría saber entonces si sería viable actualizar el daño desde el auto de apertura, desde el auto de imputación en los procesos ordinarios, o desde el auto de apertura e imputación en el proceso verbal.

Si se abre un proceso de responsabilidad fiscal, pero dentro del trámite del proceso de (sic) allega prueba que demuestra el resarcimiento del daño antes de la apertura del proceso, se debe seguir el proceso por la diferencia o valor no indexado?

En su tercer interrogante señala que el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, establece la oportunidad y requisitos de la solicitud de nulidad y, además instituye la citada norma que contra el auto que decida sobre dicha solicitud procederá el recurso de apelación ante el superior del funcionario que profirió la decisión, razón por la cual pregunta.

*En los procesos de responsabilidad fiscal de única instancia, si se niega una nulidad y contra el auto que decida ese incidente se interponen los recursos de reposición y apelación, qué recursos se conceden, teniendo en cuenta que el proceso es de única instancia, pero la norma dice que solo procede el recurso de apelación?*

Por último, solicita pronunciamiento sobre: 4) *Cuál es el trámite para la notificación de las llamadas providencias mixtas, por ejemplo, si se dicta un auto de imputación de responsabilidad fiscal, pero en el mismo auto se desvincula a una o varias personas, qué se surte primero?, la consulta?, la notificación a los presuntos responsables y se espera que presenten descargos? O se hace de forma paralela?.*

## **2.- CONSIDERACION PRELIMINAR**

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se efectúa con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en respuesta a una solicitud de concepto, constituyen orientaciones y puntos de vista generales que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y legales, no podemos tener injerencia en la toma de decisiones que sean

de competencia de las entidades vigiladas, toda vez que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal.

### **3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CONCLUSIÓN**

**3.1.-** Sobre los dos primeros interrogantes acerca del término máximo para adelantar la indagación preliminar y para el archivo o apertura del proceso de responsabilidad fiscal una vez vencidos los seis (6) meses, es menester señalar que el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, no sufrió cambio alguno respecto de la nueva normatividad, manteniendo el término de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Al respecto cabe precisar, que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, agregó de manera perentoria la preclusividad para la práctica de pruebas en la indagación preliminar, es decir, los seis (6) meses de que trata el artículo 39 de la Ley 610 de 2000.

Quiere decir lo anterior, que las pruebas practicadas por fuera del periodo enunciado serán inexistentes y no podrá utilizarse como elemento probatorio dentro del proceso, conforme lo dispone el nuevo ordenamiento jurídico previsto en el precitado artículo 107 de la Ley 1474 de 2011. Además, vencido este periodo, solamente procede proferir auto de archivo o auto de apertura de responsabilidad fiscal.

**3.2.-** En relación con su inquietud acerca de si el término de los seis (6) meses se cuenta a partir de que se le comunica el auto de apertura de indagación preliminar al último presunto responsable, es pertinente precisar que la calidad de implicado se adquiere solo en el evento en que se inicie proceso de responsabilidad fiscal en contra del presunto responsable, puesto que la indagación preliminar es una etapa preprocesal o preliminar encaminada a establecer si hay lugar o no al proceso de responsabilidad fiscal.

Al respecto debe tenerse en cuenta, que la libertad de configuración normativa del legislador en el diseño de los procedimientos y etapas judiciales no es absoluta, puesto que se encuentra limitada por los derechos sustanciales y la defensa de las garantías esenciales de las personas. Sin embargo, en desarrollo de esa potestad puede fijar nuevos procedimientos, determinar la naturaleza de actuaciones judiciales, eliminar etapas procesales, imponer cargas procesales o establece plazos para ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia. De tal manera que, por regla general la determinación de las etapas procesales, términos en que puedan intervenir en los procesos judiciales o administrativos, hace parte de la *BRD*

libertad de configuración normativa del legislador, para lo cual evalúa la conveniencia y oportunidad de los mecanismos o instrumentos procesales para hacer efectivos los derechos, libertades ciudadanas y las garantías públicas respecto de ellos.

En este orden de ideas, y de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, el término de los seis (6) meses debe empezar a contarse a partir de la fecha en que se profiere auto de apertura de indagación preliminar.

**3.3.-** En cuanto se refiere a la procedencia de iniciar proceso de responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de los seis (6) meses para proferir el archivo o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, estimamos que existe la obligación de dar cumplimiento estricto a dichos términos, y que en virtud de los derechos que le asisten al implicado, debe darse no sólo una solución pronta a la situación particular que es objeto de cuestionamiento, sino también el ceñimiento a toda ritualidad que esté prevista para el proceso en referencia, conocido como el derecho al debido proceso u observancia formal y material de las normas propias de la actuación y de los términos señalados para ese fin.

No obstante, aunque los términos aludidos son perentorios y se establecen para que sean cumplidos, su vencimiento no genera la nulidad de la actuación ni significa la pérdida de competencia para proferir la decisión que sea del caso. Sin embargo, lo que ello sí puede conllevar es responsabilidad disciplinaria de parte del operador del proceso fiscal, que está sujeto a los parámetros descritos, así como a los deberes prohibiciones y faltas que se establecen en la Ley 734 de 2002, en la cual se determina que la conducta que no se ajuste a los presupuestos allí previstos genera reproche de tipo disciplinario (ver artículos 23, 35, numeral 7 y 48, numeral 62).

Ahora bien, frente a la iniciación o no de un proceso disciplinario al operador fiscal, habría que indagar sobre los motivos y causas que dieron lugar a que la conducta asumida por el funcionario violara el deber funcional de que estaba investido al ocasionar dicho incumplimiento, es decir, averiguar en cada caso en particular sin aplicar una inferencia inmediata y mecánica, sino a través de un proceso en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como: índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación, a efectos de determinar si hay lugar o no a iniciar el correspondiente proceso disciplinario, sin desconocer que la demora pudo ser debidamente justificada.

**3.4.-** Respecto a la inquietud relacionada con la cuantía del daño causado y su actualización a valor presente, es procedente remitirnos a lo conceptuado por esta

Oficina Jurídica mediante oficio OJ.110-036-2012 de 21 de junio de 2012, en el que nos referimos ampliamente al tema objeto de consulta, expresando:

*“... Teniendo presente que la declaración de responsabilidad fiscal es de naturaleza eminentemente resarcitoria, y que en virtud de lo establecido en los artículos 47, 53, y lo dispuesto por la Ley 1474 en su artículo 111, es viable la terminación anticipada del proceso por resarcimiento del daño, no existe duda que la decisión que pone fin al proceso de responsabilidad fiscal no constituye una sanción, ni una pena. Su esencia es de naturaleza distinta, en la cual, la administración asume el rol de investigador respecto de sucesos precedidos en el tiempo, a partir de los cuales se genera una afectación al patrimonio del Estado, que hace necesario el deber de reparación por parte del causante.*

*Teniendo en cuenta que la ley establece la actualización a valor presente de los daños patrimoniales determinados en fallos con responsabilidad fiscal, es preciso lo que sucede cuando opera el resarcimiento voluntario, sin que esté de por medio una declaración de responsabilidad fiscal, para lo cual se debe analizar de manera integral el verdadero querer del legislador en materia de reparación del daño, dado que de manera reiterada la Ley 610 de 2000 y la jurisprudencia enfatizan en que aquella debe ser total, así:*

*“ARTÍCULO 16. CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o loa, prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.”<sup>1</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

La misma intención se ve plasmada en el artículo 47 de la referida norma:

*“ARTÍCULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad os e demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.”* *W20*  
(Negrilla y subrayado fuera del texto)

<sup>1</sup> Ley 610 de 2000, artículo 16.

Por su parte la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional se ha pronunciado en los mismos términos:

*“El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda.”<sup>2</sup>*

Sobre el particular la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República ha señalado:

*“Entraña además la indexación meramente una actualización de la suma, sin que la dote de un contenido más gravoso para las personas procesadas. No es en efecto la corrección monetaria un privilegio o ventaja para el Estado o una sanción para los presuntos responsables, por cuanto solo supone el reconocimiento de la realidad económica.*

*Creemos entonces que es improcedente la archivación del proceso si el quebranto patrimonial no se indexa al no haberse corregido de manera integral el desequilibrio patrimonial, por lo que quien dirige el proceso debe continuar hasta agotar sus consecutivos tramos.”*

*Postura a la cual se adhiere esta Oficina Jurídica, pues si de lo que se trata es de lograr un restablecimiento total y completo del desequilibrio económico generado como consecuencia del desmedro al patrimonio del Estado, las sumas producto del resarcimiento, deben actualizarse con miras a evitar una merma del poder adquisitivo de la moneda, así la actuación de la administración no esté precedida de un fallo con responsabilidad fiscal...”*

**3.5.-** Abordando su interrogante relativo a los recursos si se niega una nulidad dentro de los procesos de única instancia, debemos señalar que la Ley 1474 de 2011, trajo una modificación de las reglas sobre las instancias en el proceso de responsabilidad fiscal establecidas en la Ley 610 de 2000, así:

*“ARTÍCULO 110. El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para la contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.”*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001, Magistrado Ponente, Jaime Araujo Rentería.

Así las cosas, el legislador al proferir la Ley 1474 de 2011, señaló en forma clara y precisa la procedencia del trámite de la única y doble instancia en los procedimientos verbal y ordinario de responsabilidad fiscal, con fundamento en la cuantía del presunto daño patrimonial, el cual debe ser estimado por el operador jurídico en el caso del proceso verbal, en el auto de apertura e imputación fiscal y en el ordinario en el auto de imputación fiscal.

En conclusión, en los procesos de responsabilidad fiscal de única instancia, las decisiones carecen de segunda instancia; pero los sujetos procesales cuentan con todas las garantías consagradas en el artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, para ejercer sus derecho de defensa, como son presentar los descargos de la imputación, rendir la versión libre y espontánea, aportar, solicitar y controvertir las pruebas dentro de la actuación administrativa.

Así las cosas, procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario que profirió la decisión, de acuerdo a lo señalado en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, inciso cuarto: *"El recurso de reposición procede cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos y tendrá recurso de apelación cuando supere la suma señalada"*.

Cabe precisar que al amparo del inciso final del artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, el legislador determinó que contra el auto que decida sobre la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación, el cual debe surtirse ante el superior del funcionario que profirió la decisión, en el entendido siempre que estemos en presencia de un proceso de doble instancia.

**3.6.-** En relación con la última inquietud relacionada con el trámite de las llamadas providencias mixtas, debemos señalar en primer término que en materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 es claro en establecer que el grado de consulta procede cuando se archive o se falle con responsabilidad fiscal y el implicado haya estado representado por apoderado de oficio.

Sobre la consulta la jurisprudencia constitucional la ha establecido como una institución procesal mediante la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, tiene la facultad para revisar o examinar, inclusive oficiosamente, la decisión proferida en primera instancia, a efectos de corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta pudiera adolecer. Inclusive, ha reiterado esta Alta Corporación que el juez que conoce de la consulta cuenta con amplia competencia para examinar la actuación, no estando sujeto, por tanto, a límites como el de la *non reformatio in pejus*.

Así las cosas, y en consideración a la finalidad del grado de consulta instituido en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, es decir, que se establece en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, resulta lógico que cuando se profieran las denominadas providencias mixtas, en caso de desvinculación de alguno de los implicados la decisión deberá someterse a grado de consulta ante su superior.

Sobre el tema la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República mediante concepto No. 80112-2006/E43417 del 12 de diciembre de 2006, que este Despacho acoge y comparte plenamente, expresó:

*“...En este orden de ideas, y en el evento que en el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra varios sujetos, se dicte Auto de Archivo a uno o algunos de los presuntos responsables, acorde a la preceptiva del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, se debe surtir el grado de consulta de manera automática y oficiosa, garantizando así la revisión de esta actuación procesal en tiempo real y no esperar la culminación total del proceso con el otro u otros implicados para realizarlo; no hacerlo implicaría obviar en oportunidad una ordenación legal, que podría desencadenar en decisiones adversas al finalizar el proceso que pudieran superarse en su momento procesal y mantener sub-judice al implicado favorecido con la decisión hasta cuando se decida de fondo el proceso...”*

Respecto a la notificación de estas providencias estimamos que el trámite de las mismas debe hacerse en forma paralela, pero primero se debe romper la unidad procesal a efectos de que el archivo se traslade al superior en grado de consulta y no se paralice el proceso, en aras de cumplir los principios regulares de la función pública.

Bajo las consideraciones anteriores hemos dado respuesta a sus interrogantes, esperando haber resuelto las diversas inquietudes planteadas acerca de los trámites, términos y otras actuaciones que deben desarrollarse al interior de los procesos de responsabilidad fiscal.

Cordialmente,



**CÉSAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA**  
Director Oficina Jurídica

Proyectó: RAM